

Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht

Citation for published version (APA):

Smits, J. M., Hardy, R. R. R., & Kornet, N. (2004). Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 6603, 1001-1006.

Document status and date:

Published: 01/01/2004

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees contractenrecht

J.M. Smits, R.R.R. Hardy en N. Kornet*

1. Inleiding

Op 11 oktober 2004 heeft de Europese Commissie een nieuwe Mededeling over Europees contractenrecht¹ uitgebracht. Het betreft het lang verwachte vervolg op de Mededeling over Europees Contractenrecht uit 2001² en het daarop gevolgde Actieplan inzake een coherenter contractenrecht uit 2003.³ Het nieuwe document is bijzonder omdat de Europese Commissie eindelijk een keuze maakt voor een strategie om het Europees contractenrecht te herzien. Waren de twee eerdere mededelingen nog discussiestukken, nu worden concrete maatregelen aangekondigd. In deze bijdrage worden die maatregelen besproken vanuit het perspectief van de problemen die zij beogen te verhelpen: in hoeverre dragen de voorgestelde maatregelen daadwerkelijk bij aan de oplossing van problemen met het Europese acquis op het vlak van het contractenrecht? Daartoe wordt eerst de inhoud van de nieuwe Mededeling kort besproken (par. 2) en worden vervolgens drie belangrijke thema's nader uitgediept: de inhoud en functie van het 'Gemeenschappelijk Referentiekader' (GRK) (par. 3), het afstappen van minimumharmonisatie in het contractenrecht (par. 4) en ten slotte de verhouding tussen het GRK en een 'optioneel instrument' (Par. 5).

2. Korte inhoud van de Mededeling van 2004

Het is inmiddels⁴ genoegzaam bekend aan welke problemen het door de Europese Unie vormgegeven contractenrecht lijdt. In de eerste plaats bevatten de bijna vijftien richtlijnen op dit terrein vaak abstracte of vage termen. Een bekend voorbeeld is het gebruik van de term 'schade' in diverse richtlijnen. Dit soort termen zou door nationale rechters en door het Europese Hof van Justitie in Luxemburg op een 'Europese' wijze moeten worden geïnterpreteerd, maar *hoe* dit moet is onduidelijk. Er bestaat immers geen 'Europees' schadebegrip, met als gevolg dat bij de interpretatie te snel naar een nationale betekenis zal worden teruggevallen. Omvat het begrip 'schade' bijvoorbeeld ook immateriële schade?⁵ In hoeverre dient rekening te worden gehouden met voordeelstoerekening? Dient schade abstract of concreet te worden berekend? Europese regels hieromtrent ontbreken.

Een tweede probleem is dat richtlijnen in de visie van de Commissie de bestaande problemen lang niet altijd oplossen: het consumentenvertrouwen en het vertrouwen van bedrijven in grensoverschrijdend contracteren is nog altijd onvoldoende. In 2003 bijvoorbeeld had 55% van de Europese consumenten in de laatste twaalf maanden geen advertenties van een buiten het eigen land gevestigd bedrijf gezien en had slechts 13% van de consumenten in die periode over de grens

* J.M. Smits is hoogleraar Europees privaatrecht en R.R.R. Hardy en N. Kornet zijn junior-onderzoekers Europees privaatrecht, allen verbonden aan de Universiteit Maastricht.

¹ Mededeling over Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651 def., ook beschikbaar via <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

² Mededeling over Europees verbintenissenrecht, COM (2001) 398 def., Pb. EG 2001, C 255/1. Zie daarover S. Grundmann & J. Stuyck (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague 2002, J. De Mot & G. de Geest, *De toekomst van het Europees Privaatrecht na het Groenboek*, NJB 2002, p. 884 v. en J.M. Smits & R.R.R. Hardy, *De toekomst van het Europees contractenrecht*, WPNR 6513 (2002), p. 827 v.

³ Een coherenter Europees verbintenissenrecht: een actieplan, COM (2003) 68 def., Pb. EG 2003, C-63/01. Zie daarover M.W. Hesselink, *Naar een coherenter Europees contractenrecht?*, NJB 2003, p. 2086 v., L.A.D. Keus, *De Europeanisering van het vermogensrecht, in het bijzonder van het contractenrecht*, in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht* (W.E. Haak-bundel), Deventer 2004, p. 194 v. en J.M. Smits & R.R.R. Hardy, *Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking*, WPNR 6532 (2003), p. 385 v.

⁴ Zie de beide eerdere Mededelingen van de Europese Commissie.

⁵ Vgl. HvJ EG zaak C-168/00, Jur. 2002-I, 2631 (Simone Leitner/TUI Duitsland).

gekocht.⁶ Vraag is uiteraard in hoeverre dit wordt opgelost door het harmoniseren van contractenrecht: de mate waarin grensoverschrijdend wordt gehandeld wordt niet enkel bepaald door het recht, maar vooral ook door verschillen in taal en cultuur en door de afstand tussen de contractanten. Bovendien is niet enkel het contractenrecht van belang voor het grensoverschrijdend contracteren: van minstens even grote betekenis is het goederen- en insolventierecht. In zoverre verdient het misschien aanbeveling om, naar voorbeeld van de Amerikaanse Uniform Commercial Code, niet enkel in te zetten op harmonisering van het contractenrecht, maar op een uniforme regeling van alle onderwerpen die voor het handelsverkeer van belang zijn, waaronder het systeem van zekerheidsrechten op roerende goederen.⁷

Ten slotte zijn er de ongewenste consequenties van de minimumharmonisatie: omdat alle richtlijnen op het vlak van de consumentenbescherming (en op vermogensrechtelijk terrein zijn dat verreweg de meeste) de lidstaten de vrijheid laten om *meer* bescherming te bieden aan de consument, komt van de doelstelling van die richtlijnen vaak weinig terecht. Het doel van die richtlijnen is immers niet primair de bescherming van de consument, maar het creëren van een ‘level playing field’ voor het Europese bedrijfsleven: indien dat wordt geconfronteerd met een onbekend hoger niveau van consumentenbescherming in een ander land, is het in mindere mate geneigd om over de grens te contracteren. In elk geval zijn de transactiekosten hoger omdat eerst kennis over dat andere recht moet worden verkregen alvorens wordt gehandeld. Dat leidt tot concurrentievervalsing tussen bedrijven die binnen de eigen landsgrenzen contracteren en bedrijven die dat over de grens doen.

In de nieuwe Mededeling zet de Europese Commissie in op drie maatregelen om deze problemen te verhelpen. De belangrijkste is het verbeteren van het huidige en toekomstige acquis. De wijze waarop de Commissie dit wil aanpakken, is door het vervaardigen van een ‘Gemeenschappelijk Referentiekader’ (GRK). Daarnaast zal het gebruik van in de hele EU toepasselijke standaardvoorwaarden worden bevorderd door het beheren van een website waarop informatie over dit soort standaardvoorwaarden kan worden uitgewisseld. Ten slotte wil de Commissie verder nadenken over de wenselijkheid van een ‘optioneel instrument’ (een Europees contractenwetboek in enigerlei vorm). In de Mededeling wordt ons verzekerd dat de Commissie daarmee niet de bedoeling heeft om ‘een “Europees burgerlijk wetboek” voor te stellen waarin het verbintenissenrecht van de lidstaten wordt geharmoniseerd’,⁸ maar enkel om ‘parameters’ voor de gedachtewisseling over de behoefte aan zo een instrument vast te stellen. Daarmee wordt eenvoudigweg bedoeld dat moet worden nagedacht over het toepassingsbereik van een contractenwetboek (alleen voor commerciële transacties of ook voor consumentenovereenkomsten?), over de bindendheid (‘opt in’ of ‘opt out’?), de inhoud (ook regeling van bijzondere contracten?), de vorm (verordening of aanbeveling?) en de juridische grondslag (die in het huidige EG-verdrag lijkt te ontbreken).⁹ Het blijft¹⁰ ietwat verbazen dat, ondanks de uitgesproken negatieve reacties vanuit onder meer het bedrijfsleven op de gedachte van een alomvattend contractenwetboek, de Commissie toch blijft vasthouden aan een discussie over zo een wetboek.

3. Inhoud en functie van het Gemeenschappelijk Referentiekader

Verreweg het belangrijkste onderdeel van de Mededeling betreft het ‘Gemeenschappelijk Referentiekader’ (GRK). Wat is dit en waarom wordt het opgesteld? De inhoud van het GRK zal bestaan uit ‘duidelijke definities van juridische termen, grondbeginselen en coherente modelbepalingen van verbintenissenrecht (...), die op het acquis communautaire en op de beste oplossingen uit de rechtsstelsels van de lidstaten berusten.’¹¹ Daarmee heeft de Commissie nu al een

⁶ Eurobarometer 57.2 en 58.1, geciteerd in Commission Staff Working Paper Extended Impact Assessment on the Directive concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, COM (2003) 356 final, p. 4.

⁷ Zie in die zin ook C.J.H. Jansen, Een Europees Wetboek van Contractenrecht en de rechtsgeschiedenis, WPNR 6593 (2004), p. 785. Overigens wijst ook de Europese Commissie terloops op dit probleem in haar Mededeling: zie Mededeling 2004, o.c., p. 13.

⁸ Mededeling 2004, o.c., p. 10.

⁹ Mededeling 2004, o.c., p. 10 en 19 v.

¹⁰ Zie eerder Smits & Hardy, Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking, o.c., p. 385 v.

¹¹ Mededeling 2004, o.c., p. 3; vgl. p. 12. Daarbij moet volgens de Commissie ook het Weens Koopverdrag worden betrokken.

scherp omlijnd beeld van de structuur van het GRK. Uit de bijlage bij de Mededeling blijkt dat hoofdstuk I van het GRK zal bestaan uit gemeenschappelijke grondbeginselen van Europees contractenrecht. Zo zullen contractsvrijheid en bindende kracht worden omschreven en zal worden aangegeven welke uitzonderingen daarop bestaan.¹² Hoofdstuk II omvat definities van abstracte termen zoals ‘overeenkomst’ en ‘schade’. De kern van het GRK is hoofdstuk III dat voorbeeldbepalingen (‘model rules’) bevat die zijn verdeeld over negen titels: overeenkomst (totstandkoming, vorm, volmacht, geldigheid, uitleg en inhoud), precontractuele verplichtingen, nakoming en niet-nakoming, pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren, cessie, schuld- en contractsovername, verjaring, koop en verzekeringsovereenkomsten.¹³ Bij al deze onderwerpen is denkbaar dat een onderscheid wordt gemaakt tussen bepalingen voor commerciële contracten en consumentencontracten.¹⁴

Dit GRK moet dienen als een ‘toolbox’.¹⁵ Bij het verbeteren van de kwaliteit en de coherentie van het acquis en bij het maken van nieuwe richtlijnen (of andere instrumenten) zal de Europese wetgever het GRK ‘zonodig’ gebruiken.¹⁶ Bovendien kunnen ook nationale wetgevers zich van het GRK bedienen bij de implementatie van Europese richtlijnen en bij het maken van nieuwe nationale wetgeving.¹⁷ Daarnaast zijn nog andere functies voorzien.¹⁸ Zo zouden arbiters zich er op kunnen beroepen bij het beslechten van geschil, maar ook zou het GRK de contracten die de Europese organen zelf sluiten kunnen beheersen. Voor het Europese Hof van Justitie biedt het een leidraad bij de interpretatie van EG-wetgeving. Enigszins verscholen wordt opgemerkt dat het GRK ook als basis voor een optioneel instrument kan dienen.¹⁹ Dit lijkt allemaal nogal vrijblijvend: een bindend instrument is het GRK niet.²⁰ Het lijkt nog het meest op een soort ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’²¹: wetgevers kunnen er gebruik van maken, maar een plicht daartoe bestaat niet.

Hoe wordt het GRK nu vervaardigd? De Europese Commissie zal drie jaar onderzoek financieren naar de inhoud van het GRK.²² Daarbij nemen academici het voortouw: zij worden geacht om in uiterlijk 2007 een voorzet te doen voor de definities, grondbeginselen en modelbepalingen. Zij worden begeleid door een groep van vooral practici. Aan het aldus vastgestelde resultaat acht de Commissie zich echter niet gebonden: zij is van plan om het waar nodig te wijzigen en te onderwerpen aan een ‘bruikbaarheidstest’ voor de praktijk.²³ Het criterium waaraan wordt getoetst, is in hoeverre het ontwerp geschikt is om het acquis te verbeteren. Na een uitgebreide consultatie van belanghebbenden over het ontwerp-GRK (dat daartoe in alle talen van de EU wordt vertaald), zou de definitieve versie dan in 2009 door de Commissie moeten zijn vastgesteld.

Hoe moet het GRK worden gewaardeerd? Ons commentaar is betrekkelijk kritisch en dat heeft te maken met de mate waarin het GRK nu werkelijk bijdraagt aan de oplossing van de problemen met het acquis. In het Actieplan uit 2003 zette de Commissie in op twee wegen om het bestaande acquis te verbeteren: het vervaardigen van een Gemeenschappelijk Referentiekader²⁴ én het simpelweg verbeteren van het acquis door het duidelijker en consistenter te maken.²⁵ In de Mededeling van 2004 besteedt de Commissie (praktisch) alleen nog aandacht aan het GRK.²⁶ Dat kan er mee te maken hebben dat het creëren of handhaven van een hoog wetgevingsniveau onderdeel is van een bredere, niet tot het contractenrecht beperkte, strategie om de Europese regelgeving te verbeteren en

¹² Mededeling 2004, p. 12 en Annex I, p. 16.

¹³ Mededeling 2004, o.c., Annex I.

¹⁴ Mededeling 2004, o.c., p. 12-13.

¹⁵ Mededeling 2004, o.c., p. 16.

¹⁶ Mededeling 2004, o.c., p. 3.

¹⁷ Mededeling 2004, o.c., p. 5 v.

¹⁸ Mededeling 2004, o.c., p. 6 v.

¹⁹ Mededeling 2004, o.c., p. 6.

²⁰ Mededeling 2004, o.c., p. 6.

²¹ Zie aldus ook Keus, De Europeanisering van het vermogensrecht, in het bijzonder van het contractenrecht, o.c., p. 194 v.

²² Mededeling 2004, o.c., p. 10 v.

²³ Mededeling 2004, o.c., p. 13.

²⁴ Actieplan, o.c., no. 58.

²⁵ Actieplan, o.c., no. 69.

²⁶ De belangrijkste verwijzingen naar het tweede aspect zijn te vinden op pagina 3 en 5 van de Mededeling 2004.

vereenvoudigen²⁷ en daarom in de Mededeling geen aparte aandacht krijgt. Een andere verklaring zou echter kunnen zijn dat de Europese Commissie het gemeenschappelijke referentiekader ziet als *het* belangrijkste middel om de kwaliteit en de consistentie van het acquis op het gebied van het contractenrecht te verbeteren.

Wij zouden het om meerdere redenen betreuren indien de Commissie alleen op het GRK zou inzetten bij de oplossing van problemen met het Europese acquis op het terrein van het contractenrecht. In de eerste plaats omdat het GRK nog lang op zich zal laten wachten (het zal immers pas in 2009 worden vastgesteld²⁸), terwijl er nu juist op korte termijn behoefte is aan het verbeteren en vereenvoudigen van de Europese regelgeving. Dit is overigens ook naar voren gebracht door enkele respondenten in hun reacties op het Actieplan. Zo wordt in de regeringsbijdragen van Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk gesteld dat de Commissie niet op de voltooiing van het GRK moet wachten om voorstellen voor wijzigingen van het EG-acquis voor te stellen.²⁹ Ook vanuit het bedrijfsleven is al bezorgd opgemerkt dat het grote werk aan een gemeenschappelijke referentiekader afleidt van de vereenvoudiging van het huidige acquis.³⁰

In de tweede plaats vragen wij ons af in hoeverre het GRK daadwerkelijk zal bijdragen aan de verbetering van het acquis. Wij zagen al dat het GRK zal bestaan uit gemeenschappelijke grondbeginselen, definities van begrippen en modelbepalingen. Het definiëren van begrippen draagt zeker bij aan de verbetering van het acquis, indien die begrippen tenminste ook worden gebruikt om de bestaande richtlijnen te herzien. Het nut van opstellen van modelbepalingen is echter minder helder. Hoe kunnen modelbepalingen precies bijdragen aan verbetering van het acquis? Indien de modelbepalingen lijken op de *Principles of European Contract Law* (PECL) – en die kans is groot – dan zullen zij ver afstaan van het huidige acquis. Zo zijn de PECL grotendeels gebaseerd op de traditionele juridische termen terwijl het acquis juist functioneel is georiënteerd. Ook inhoudelijk zijn er grote verschillen. De huidige richtlijnen moeten dus aanzienlijk worden aangepast indien zij in overeenstemming dienen te worden gebracht met de (waarschijnlijke) bepalingen van het GRK. Vervolgens is dan de vraag welke invloed het GRK zal hebben op de wijziging van het acquis: de kans is groot dat bij het uitonderhandelen van gewijzigde richtlijnen deze, net als thans, in hoge mate een compromis zullen zijn van de diverse opvattingen in de Raad van Ministers en de invloed van het GRK om die reden beperkt blijft.

Vraag is dus of het GRK echt nodig is om tot een herziening van het acquis te komen. Het antwoord luidt volgens ons ontkennend. De Europese Commissie zou vooral moeten inzetten op het snel verbeteren van de kwaliteit en consistentie van het acquis, bijvoorbeeld door het samenvoegen van de bestaande richtlijnen in één meer coherente richtlijn die ook is voorzien van een aantal definities van begrippen. Indien die definities in de richtlijnen worden opgenomen, zijn ze ook gelijk bindend – anders dan in het thans voorgestelde GRK dat slechts vrijblijvende definities zal bevatten.

4. Geen minimumharmonisatie meer?

Een ander belangrijk aspect van de Mededeling is dat de Europese Commissie aangeeft het principe van minimumharmonisatie te willen herzien. Het heet dat van acht richtlijnen³¹ zal worden bekeken in hoeverre zij bijdragen aan de doelen van consumentenbescherming en de bevordering van de interne markt en dat in dit kader de rol van de minimumharmonisatie wordt geëvalueerd.³² Bekend is dat alle richtlijnen op privaatrechtelijk vlak aan de lidstaten slechts een minimum voorschrijven: lidstaten kunnen een hoger niveau van (consumenten)bescherming vaststellen indien zij dat wensen. Zo bepaalt art. 5 van de richtlijn consumentenkoop dat een minimale verjaringstermijn van twee jaar na aflevering van de zaak geldt voor de acties op grond van de richtlijn (nakoming, ontbinding en prijsvermindering). In veel landen, waaronder Nederland, is die termijn echter langer (vgl. art. 7:23 lid

²⁷ Vergelijk in dat kader het Actieplan inzake vereenvoudiging en verbetering van de regelgeving, COM (2002) 278.

²⁸ Mededeling 2004, o.c., p. 15.

²⁹ Zie de samenvatting van de reacties op het Actieplan, beschikbaar via <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

³⁰ Zie de samenvatting van de reacties op het Actieplan, o.c.

³¹ Het gaat om de richtlijnen 85/577 (colportage), 90/314 (pakketreizen), 93/13 (oneerlijke bedingen), 94/47 (timeshare), 97/7 (afstandsovereenkomsten), 98/6 (prijsaanduidingen), 98/27 (verbodsacties) en 99/44 (consumentenkoop).

³² Mededeling 2004, o.c., p. 3.

2 BW: twee jaar na kennisgeving van het gebrek). Daardoor wordt weliswaar de consumentenbescherming gediend, maar niet het belang van het bedrijfsleven, dat zo nog steeds wordt geconfronteerd met divergerende wetgeving. Het is overigens niet de eerste keer dat een probleem wordt gesignaleerd met minimumharmonisatie. Toen de Europese Commissie in 2002 zijn Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006³³ uiteenzette, werd al gewezen op het falen van de richtlijnen inzake timeshare en pakketreizen en werd gepleit voor volledige harmonisatie.³⁴ Ook bij de evaluatie van de colportagerichtlijn³⁵ werd volledige harmonisatie bepleit. In het recente voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken³⁶ is inmiddels gebroken met de idee van minimumharmonisatie.

Thans is de vraag wat het opgeven van het principe van minimumharmonisatie betekent. Dat heeft minstens twee belangrijke consequenties. In de eerste plaats is maar helemaal de vraag of tussen de lidstaten overeenstemming kan worden bereikt over volledige harmonisatie. De belangrijkste reden waarom op privaatrechtelijk terrein steeds voor minimumharmonisatie is gekozen, was dat de lidstaten daarmee in staat waren om hun eigen gewenste niveau van (vooral) consumentenbescherming te kiezen. Op basis van art. 95 EG-verdrag (de grondslag voor verreweg de meeste richtlijnen) kán immers worden gekozen voor volledige harmonisatie,³⁷ maar dit is nu juist niet geschied teneinde ook de lidstaten bevoegdheid te geven een eigen beleid te voeren onder erkenning van een gemeenschappelijke ondergrens.³⁸ Dat bij heronderhandelen van de richtlijnen tot overeenstemming zal worden gekomen over het gewenste uniforme niveau van bescherming, valt te betwijfelen gezien de thans bestaande grote verschillen in Europa.

In de tweede plaats zal volledige harmonisatie een grote invloed hebben op het nationale privaatrechtelijke systeem. Volledige harmonisatie impliceert immers dat de nationale wetgever niet langer bevoegd is op de door de richtlijn bestreken terreinen.³⁹ Dat is nog voorstelbaar als het gaat om betrekkelijk technische regels, zoals die over verjarings- en herroepingstermijnen. Zo bepaalt de timeshare-richtlijn⁴⁰ dat de koper tien dagen heeft om de gesloten overeenkomst te herroepen. In Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk is deze termijn verlengd tot 14 dagen, in België tot 15 dagen, terwijl deze in Nederland tien is gebleven (art. 7:48c BW). Volledige harmonisatie van zo een termijn is goed denkbaar, maar dit ligt moeilijker met meer substantiële regels. De richtlijn consumentenkoop⁴¹ bepaalt dat de consument-koper in geval van non-conformiteit bepaalde acties tot zijn beschikking moet hebben, waaronder het recht op ontbinding. Bij minimumharmonisatie behoeft de nationale wetgever zich geen zorgen te maken over een eventueel verdergaand recht op ontbinding

³³ COM (2002) 208 def., PbEG 2002 C137/2.

³⁴ Zie Strategie voor het consumentenbeleid, (p. 7): 'Wat betreft deze richtlijnen zou volledige harmonisatie een van de hoofdprioriteiten van de Commissie moeten zijn, zodat verschillen tussen de voorschriften inzake consumentenbescherming binnen de EU die leiden tot een voor de consument en het bedrijfsleven nadelige versnippering van de interne markt, zoveel mogelijk worden tegengegaan'. Zie ook de verslagen over de richtlijnen inzake timesharing, SEC (1999) 1795 def. (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/time02_nl.pdf) en pakketreizen, SEC (1999) 1800 def. (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/pack_trav/pack_trav02_nl.pdf).

³⁵ Report of the Hearing on 15-16 March 2000 on Door to Door selling - Pyramid selling - Multi level marketing, beschikbaar via http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/door02_en.pdf.

³⁶ Voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke 'business-to-consumer'-handelspraktijken op de interne markt (...), 18 juni 2003, COM (2003) 356 def. Op 18 mei 2004 werd door de Raad van Ministers politieke overeenstemming bereikt over deze richtlijn. Ook de herziene richtlijn consumentenkrediet zal volledige harmonisatie beogen: voorstel voor een richtlijn betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake consumentenkrediet (...), 11 september 2002, COM (2002) 443 def.

³⁷ Overigens anders dan art. 153 EG-Verdrag, dat handelt over consumentenbescherming.

³⁸ Zie H.A.G. Temmink, Minimumnormen in EG-richtlijnen, SEW 2 (1995), p. 87.

³⁹ Zie Kapteyn/VerLoren/van Themaat, Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen, 6^{de} dr., Deventer 2003, p. 268 v.

⁴⁰ Artikel 5 van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, PbEG 1994 L280/83

⁴¹ Artikel 3 van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, PbEG 1999 L 171/12.

in het nationale recht en kan gewoon verwijzen naar de algemene ontbindingsbevoegdheid (zoals in Nederland art. 6:265 BW). Maar bij volledige harmonisatie moet de nationale wetgever er voor zorgen dat de nationale regeling niet minder maar ook niet méér biedt dan de richtlijn. Dat werkt buitengewoon verstoring voor het systeem van het nationale privaatrecht. Consequentie er van lijkt te zijn dat de Europese regel niet langer in het licht van het nationale systeem kan worden uitgelegd. Dan is een Europees begrippenkader, zoals het GRK, noodzakelijk om te weten wat precies met het 'Europees ontbindingsrecht' wordt bedoeld. Waarschijnlijk zal de richtlijn zelf ook veel gedetailleerder moeten zijn dan nu doorgaans het geval is. Door dit alles zal de fragmentatie van privaatrecht verder toenemen.

5. De verhouding tussen het gemeenschappelijke referentiekader en het optioneel instrument

In de Mededeling van 2001 en in het Actieplan van 2003 stelde de Europese Commissie voor om (verder) na te denken over (de noodzaak en wenselijkheid van) niet-sectorspecifieke (lees: alomvattende) maatregelen op het gebied van het Europees contractenrecht, zoals bijvoorbeeld een optioneel instrument.⁴² Uit de reacties van de respondenten op zowel de Mededeling van 2001 als het Actieplan viel af te leiden dat een meerderheid terughoudend was met betrekking tot de opportuniteit van zo een optioneel instrument.⁴³ Deze scepsis heeft de Europese Commissie er niet van weerhouden om het idee van een optioneel instrument te laten varen: in de Mededeling van 2004 merkt de Commissie op dat het onderzoek of niet-sectorspecifieke maatregelen, zoals een optioneel instrument, noodzakelijk zijn om problemen op het gebied van het Europees contractenrecht op te lossen, *parallel* met de ontwikkeling van het gemeenschappelijk referentiekader zal worden voortgezet.⁴⁴ Dat doet de vraag rijzen naar de verhouding tussen het GRK en het optioneel instrument. Alvorens deze vraag te kunnen beantwoorden, dient eerst enige aandacht te worden besteed aan de (mogelijke) vorm en inhoud van het optionele instrument.

Hoewel de Commissie in de Mededeling van 2004 (nog) geen concrete keuzes maakt met betrekking tot vorm en inhoud van het optionele instrument – wij bevinden ons nog steeds in de verkennende fase – zijn de contouren ervan tussen de regels door wel waarneembaar. Het ziet er naar uit dat een optioneel instrument bestaat uit materieelrechtelijke regels (en dus bijvoorbeeld niet uit verwijzingsregels), waarschijnlijk uitgaat van een 'opt-in'-benadering (het optionele instrument zal enkel van toepassing zijn indien partijen dit op hun rechtsverhouding van toepassing hebben verklaard), beperkt zijn tot grensoverschrijdende transacties en in de vorm van een verordening worden gegoten.⁴⁵ Minder duidelijk is wat het materiële toepassingsgebied van het optionele instrument zal zijn: geldt het voor internationale consumententransacties, internationale overeenkomsten tussen bedrijven onderling en/of internationale overeenkomsten met overheden? Deze vraag is belangrijk omdat op Europees en internationaal niveau instrumenten voorhanden zijn (met name het Weens koopverdrag), waarmee een toekomstig optioneel instrument zou kunnen conflicteren.⁴⁶ Hier zij opgemerkt dat het ons op voorhand, gelet op de gehanteerde terminologie ('niet-sectorspecifieke maatregel') en het doel van het optionele instrument (het aanzienlijk vergemakkelijken van de grensoverschrijdende uitwisseling van goederen en diensten), voor de hand lijkt te liggen dat het toepassingsbereik van het optionele instrument niet beperkt zal zijn tot consumententransacties.⁴⁷ Maar dan is de vraag wat het, in commerciële verhoudingen, toevoegt aan het Weens koopverdrag.⁴⁸

Hoe ziet de Europese Commissie nu de verhouding tussen het GRK en het (eventuele) optionele instrument? Zoals de Commissie het zich voorstelt zal het GRK dienen als basis voor de ontwikkeling van het optionele instrument: als het GRK er eenmaal is, kan het optioneel instrument daarop

⁴² Mededeling 2001, o.c., p. 19 v. en Actieplan, o.c., p. 26 v.

⁴³ Reacties Actieplan, o.c., p. 15 v. Zie Smits & Hardy, Het actieplan voor een coherenter Europees contractenrecht: een bespreking, o.c., p. 387.

⁴⁴ Mededeling 2004, o.c., p. 9.

⁴⁵ Mededeling 2004, o.c., annex II, p. 19 e.v. ; vgl. Hesselink, o.c., p. 2086 v.

⁴⁶ Iets wat de Europese Commissie zich ook lijkt te realiseren; zie Mededeling 2004, o.c., bijlage.

⁴⁷ Aan de andere kant is een beperking tot consumentenovereenkomsten in het Europees contractenrecht bijna tot een traditie geworden en past het ook bij de functionele werkverdeling van de Europese Commissie.

⁴⁸ Zie terecht kritisch hierover de *position paper* van Orgalime, 14 juli 2003, reactie op het Actieplan, beschikbaar via <http://europa.eu.int/comm/consumers>.

voortbouwen.⁴⁹ Daarnaast valt op dat het GRK, dat ertoe dient bij te dragen aan de verbetering van het acquis, van toepassing zal zijn op zowel interne als grensoverschrijdende transacties, terwijl het optionele instrument naar alle waarschijnlijkheid alleen bedoeld is voor internationale rechtsverhoudingen. Daar komt nog bij dat het optionele instrument waarschijnlijk niet dwingendrechtelijk van aard zal zijn, omdat het aan partijen wordt overgelaten om het van toepassing te verklaren op hun rechtsverhouding, terwijl het acquis (zoals verbeterd aan de hand van het GRK) juist wel grotendeels uit dwingend recht bestaat.⁵⁰ Dit alles betekent dat er op termijn twee aparte instrumenten komen, die naar alle waarschijnlijkheid wel op elkaar afgestemd worden, maar uiteindelijk toch weer enige (nieuwe) fragmentatie met zich brengen.

6. Conclusie

Na het voorafgaande kan onze conclusie kort zijn. Het Gemeenschappelijk Referentiekader lijkt nog het meest op 'Aanwijzingen voor de regelgeving'. Een dergelijk vervaardigen van regels en definiëren van begrippen met het oog op een toekomstige herziening van het EG-acquis valt enerzijds toe te juichen maar anderzijds is de vraag of dit een noodzakelijke én voldoende maatregel is om de problemen met het acquis op te lossen. Wij menen van niet. Het herzien van een onduidelijk en inconsistent acquis dat de grensoverschrijdende handel onvoldoende bevordert, kan op veel eenvoudiger en sneller wijze plaatsvinden. Zo zijn innerlijke inconsistenties tussen richtlijnen met enkele eenvoudige aanpassingen op te lossen en vereist het afstappen van minimumharmonisatie eenvoudigweg een duidelijke keuze van de Europese wetgever. Het GRK zal wel nuttig zijn voor het definiëren van begrippen, maar het heeft onze voorkeur om dergelijke definities gewoon in de (wél bindende) richtlijnen zelf op te nemen.

⁴⁹ Hesselink, o.c., p. 2086 v.

⁵⁰ Hesselink, o.c., p. 2086 v. heeft hier terecht op gewezen.